ZORGPLICHTEN VAN NEDERLANDSE ONDERNEMINGEN INZAKE INTERNATIONAAL MAATSCHAPPELIJK VERANTWOORD ONDERNEMEN

Een rechtsvergelijkend en empirisch onderzoek naar de stand van het Nederlandse recht in het licht van de *UN Guiding Principles*

Liesbeth Enneking
François Kristen
Kinanya Pijl
Tjalling Waterbolk
Jessy Emaus
Marjosse Hiel
Anne-Jetske Schaap
Ivo Giesen

Utrecht, december 2015

Dit onderzoek is verricht in opdracht van het WODC op verzoek van de Directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Veiligheid & Justitie en de Directie Juridische Zaken van het Ministerie van Buitenlandse Zaken.

LEESVERVANGENDE SAMENVATTING

1. Inleiding

Sportschoenen, benzine, koffie, smartphones. Veel van onze dagelijkse producten worden geproduceerd in het buitenland. Soms onder omstandigheden die wij hier in Nederland niet acceptabel zouden vinden. Dit roept ethische, politieke én juridische vragen op. Hoe ver reikt de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de Westerse ondernemingen die deze producten in minder ontwikkelde landen laten produceren, veelal tegen lage kosten, en hier op de markt brengen? Rust er op hen een verplichting om te voorkomen dat hun eigen activiteiten, of die van hun lokale dochtermaatschappijen of toeleveranciers, resulteren in schade aan mens en milieu in de betreffende gastlanden? En als zulke schade ontstaat, onder welke omstandigheden kunnen deze internationaal opererende ondernemingen daarvoor dan in hun Westerse thuislanden aansprakelijk gesteld worden?

Het concept maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) geeft in de kern de gedachte weer dat ondernemingen bij hun streven naar winst rekening dienen te houden met mens en milieu. Het maatschappelijk, politiek en juridisch debat rond deze kwestie spitst zich met name toe op de vraag of van ondernemingen onder omstandigheden verwacht mag worden dat zij mens- en milieugerelateerde belangen (*people* en *planet*) vóór laten gaan op het ondernemingsbelang (*profit*). Deze kwestie speelt vooral waar het gaat om bedrijfsactiviteiten die door of voor in Westerse landen gevestigde internationaal opererende ondernemingen worden uitgevoerd in gastlanden waar normen op het gebied van arbeid, gezondheid & veiligheid, milieu en mensenrechten minder strikt zijn of minder strikt gehandhaafd worden dan in de thuislanden van de betreffende ondernemingen. Waar het gaat om deze kwestie van maatschappelijk verantwoord ondernemerschap in de internationale context wordt doorgaans gesproken van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen (IMVO).

In dit rapport wordt verslag gedaan van de zoektocht naar antwoorden op de vraag op welke manier en in hoeverre er in de Nederlandse wet en/of jurisprudentie een zorgplicht van Nederlandse vennootschappen ten aanzien van MVO is geregeld dan wel toegepast en in hoeverre de huidige stand van zaken wat dat betreft zich verhoudt tot de *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* en tot de stand van zaken in de ons omringende landen. Conform de nadruk die de laatste jaren niet alleen in Nederland maar ook op EU-niveau en in internationaal verband gelegd wordt op maatschappelijk verantwoord ondernemen in een internationale context, ligt de focus van dit onderzoek op zorgplichten van Nederlandse ondernemingen in het kader van IMVO. Het is juist in deze internationale context, waar het draait om de mogelijke negatieve gevolgen van de activiteiten van in Nederland gevestigde internationaal opererende ondernemingen – of van hun buitenlandse dochtermaatschappijen of ketenpartners – op mens en milieu in gastlanden, dat de meest prangende juridische vragen bestaan rond het bestaan en de reikwijdte van zorgplichten.

Deze probleemstelling is onderverdeeld in zeven onderzoeksvragen:

1. Hoe is geregeld in Nederlandse wetgeving en jurisprudentie en in de Nederlandse *Corporate Governance Code* dat het bestuur en de Raad van Commissarissen van een Nederlandse vennootschap voorschriften omtrent MVO bij hun afwegingen moeten betrekken?
2. Hoe is de civielrechtelijke aansprakelijkheid van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen voor betrokkenheid van hun buitenlandse dochtermaatschappijen of ketenpartners bij schendingen van MVO-normen geregeld in de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie?
3. Wat zijn de mogelijkheden om via het Nederlandse strafrecht de betrokkenheid van internationaal opererende ondernemingen bij schendingen van extraterritoriaal werkende MVO-normen te redresseren en hoe werkt dit door in het civiele recht?

4. Hoe worden de vragen 1, 2 en 3 beantwoord voor de ons omringende landen België, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland?
5. Hoe kunnen de consequenties van deze regelgeving en jurisprudentie voor het vestigingsklimaat van ondernemingen in de genoemde landen worden ingeschat?
6. Hoe verhouden de huidige Nederlandse wetgeving en jurisprudentie zich tot de UN Guiding Principles?
7. Hoe verhouden de huidige Nederlandse wetgeving en jurisprudentie zich tot die in de genoemde landen, in het licht van de bevordering van de '*responsibility to respect*' conform de UN Guiding Principles en in het licht van de mogelijke gevolgen voor het vestigingsklimaat?

Voor de beantwoording van de eerste vier onderzoeksvragen is gebruikgemaakt van beproefde juridische onderzoeksmethoden, bestaande uit onderzoek van relevante regelgeving, jurisprudentie en literatuur, mede vanuit extern en intern rechtsvergelijkend perspectief. Voor de vijfde onderzoeksvraag is gebruikgemaakt van een qua opzet beperkte empirische studie, waarbij in elk van de onderzochte landen semi-gestructureerde interviews zijn afgenomen met verschillende experts op het gebied van (I)MVO-gerelateerde regelgeving en rechtspraak en de invloed daarvan op het nationale vestigingsklimaat. Een verdere methodologische uitwerking is opgenomen in hoofdstuk 1.

2. De UN Guiding Principles

De op het *Protect, Respect and Remedy*-beleidsraamwerk voor bedrijven en mensenrechten voortbouwende UN Guiding Principles vormen een gezaghebbend en internationaal zeer breed gedragen *soft law*-instrument. Dit rust op drie pijlers: 1) de verplichting van staten om te beschermen tegen bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen; 2) de verantwoordelijkheid van ondernemingen om negatieve gevolgen van door of voor hen verrichte activiteiten op de mensenrechten van derden te voorkomen, beperken en verhelpen; en 3) de noodzaak tot effectief herstel en/of verhaal voor slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen.

De UN Guiding Principles bevatten gedragsnormen voor zowel staten als ondernemingen met betrekking tot hetgeen van hen verwacht wordt waar het aankomt op het voorkomen en redresseren van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Daarbij roepen zij op zichzelf geen juridisch bindende verplichtingen in het leven voor de betreffende normadressaten. Zij bieden een reflectie van bestaande inzichten en juridische verplichtingen en hebben tot doel om die status quo te vertalen in concrete gedragsnormen, niet om nieuw recht te creëren. Dat betekent ook dat zij op bepaalde punten waar bestaande inzichten vooralsnog uiteenlopen noodzakelijkerwijs vaag blijven. Uit de brede aanvaarding van deze instrumenten mag afgeleid worden dat er tot op zekere hoogte internationale consensus bestaat over de gedragsnormen die erin zijn vastgelegd.

Eén van de kernpunten uit de UN Guiding Principles is dat op ondernemingen een zelfstandige verantwoordelijkheid rust om na te gaan of hun activiteiten risico's op mensenrechtenschendingen met zich brengen, om deze risico's zoveel mogelijk te voorkomen of te beperken en om eventuele schendingen te verhelpen. Deze *responsibility to respect* geldt ongeacht waar die activiteiten plaatsvinden en ongeacht de lokale wettelijke context. Zij kan zich ook uitstrekken tot de eventuele negatieve gevolgen op mensenrechtengebied die via zakelijke relaties van de onderneming rechtsreeks aan haar activiteiten, producten of diensten gelieerd zijn. De schaal en complexiteit van de middelen die een onderneming geacht wordt in te zetten om te voldoen aan haar *responsibility to respect* is enerzijds afhankelijk van zowel de omvang, sector, operationele context, eigendomsverhoudingen en structuur van de onderneming, als de ernst van de mogelijke mensenrechten-impact. Met name bij activiteiten in ingewikkelde operationele contexten waar het risico op betrokkenheid bij mensenrechtenschendingen groot is, wordt in dit verband veel verwacht.

In de UN Guiding Principles wordt gestipuleerd dat ondernemingen, conform hun omvang en operationele context, dienen te voorzien in beleidsmaatregelen en procedures om invulling te geven aan hun *responsibility to respect*. Deze omvatten in ieder geval: 1) een beleidscommitment inzake de verantwoordelijkheid om mensenrechten te eerbiedigen; 2) een procedure voor *due diligence* op mensenrechtengebied; 3) procedures gericht op het verhelpen van negatieve gevolgen op mensenrechtengebied die door de bedrijfsactiviteiten veroorzaakt of in de hand gewerkt zijn. De *due diligence*-procedure ziet allereerst op het in kaart brengen, het voorkomen en beperken, alsook – waar nodig – het verhelpen van negatieve effecten van de bedrijfsactiviteiten op de mensenrechten van derden. Daarnaast ziet zij op het afleggen van publieke verantwoording door ondernemingen over het gevoerde beleid ter beperking van negatieve gevolgen op mensenrechtengebied.

Naast deze verantwoordelijkheid voor ondernemingen staat een verplichting voor staten om bescherming te bieden tegen bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Deze *duty to protect* ziet op het respecteren, beschermen en realiseren van de mensenrechten van personen binnen het grondgebied en/of de jurisdictie van de staat. Daartoe dienen passende maatregelen getroffen te worden, in de vorm van effectieve beleidsmaatregelen, wet- en regelgeving en juridische procedures, gericht op het voorkomen, onderzoeken, bestraffen en verhelpen van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Daarnaast rust op staten een verplichting om duidelijk kenbaar te maken dat zij van alle ondernemingen binnen hun grondgebied en/of jurisdictie verwachten dat deze de mensenrechten van derden respecteren ook bij activiteiten die plaatsvinden in het buitenland. Er bestaat geen verplichting voor staten om maatregelen op te leggen ter bescherming van de mensenrechten elders; dit is echter ook niet per definitie verboden. Bij activiteiten van internationaal opererende ondernemingen in ingewikkelde operationele contexten elders, zoals conflictgebieden, dienen de thuislanden van die ondernemingen een meer actieve rol te vervullen.

De *state duty to protect* en de *corporate responsibility to respect* worden aangevuld door de noodzaak om te voorzien in effectieve remedies voor slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Bij het realiseren van *access to remedies* is enerzijds een rol weggelegd voor ondernemingen, die in het kader van hun *responsibility to respect* geacht worden te voorzien in effectieve klachtenmechanismen op operationeel niveau. Anderzijds ligt hier een rol voor staten, die in het kader van hun *duty to protect* geacht worden bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen te onderzoeken, te bestraffen en verhaal en/of herstel te bieden voor degenen die binnen hun grondgebied en/of jurisdictie getroffen worden door bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen. Zij dienen daartoe onder meer adequate toegang te garanderen voor deze slachtoffers tot gerechtelijke en buitengerechtelijke klachtenmechanismen. Zij dienen maatregelen te nemen om de effectiviteit van deze mechanismen te waarborgen en ervoor te zorgen dat er geen juridische, praktische of andere barrières bestaan die de gang naar de rechter beletten in legitieme zaken waar rechtsmiddelen essentieel zijn voor het verkrijgen van herstel en/of verhaal.

3. Hoe verhouden de huidige Nederlandse wetgeving en jurisprudentie zich tot de UN Guiding Principles?

Vanwege hun niet-bindende aard roepen de UN Guiding Principles op zichzelf geen juridische verplichtingen in het leven voor staten of voor ondernemingen. Er vloeit strikt genomen dus geen verplichting uit voort voor staten om ze om te zetten in nieuwe nationale wetgeving of door te voeren in bestaande nationale wetgeving. Daarnaast richten de Guiding Principles zich in de eerste plaats op de bescherming van mensenrechtenbelangen – alhoewel dit gezien wordt als een (zeer) ruim begrip – en niet zozeer op de bescherming van belangen op het gebied van bijvoorbeeld arbeid, gezondheid & veiligheid en milieu, die in de bredere MVO-context wel een rol spelen. En juist waar het gaat om IMVO-kwesties, dat wil zeggen schendingen van MVO-gerelateerde normen bij activiteiten door of voor

internationaal opererende ondernemingen in gastlanden, zijn de Guiding Principles terughoudend in het opleggen van verplichtingen aan de thuislanden van waaruit deze ondernemingen opereren.

Tegelijkertijd is de juridische impact van de UN Guiding Principles veel groter dan de niet-verbindende aard en de beperkte reikwijdte ervan wellicht doet vermoeden. Zij hebben sinds 2011 een sterke invloed uitgeoefend op andere IMVO-gerelateerde reguleringsinstrumenten. Sommige hiervan zijn ruimer van opzet dan de UN Guiding Principles zelf, zoals de OESO-Richtlijnen die het bredere scala aan IMVO-onderwerpen betreffen. Daarnaast zijn sommige van deze instrumenten juridisch sterker verplichtend dan de UN Guiding Principles zelf, zoals de EU-richtlijn niet-financiële informatie, de Engelse Modern Slavery Act, de Zwitserse wet inzake *private and military security companies* en de voorgestelde IMVO-gerelateerde wettelijke zorgvuldigheidsverplichtingen in Frankrijk en Zwitserland (waarover hierna meer). Verder werken zij door in de vele open normen die ons recht kent. Binnen het vennootschapsrecht kunnen zij een rol spelen bij een verdere verbreding van het begrip vennootschappelijk belang, maar zullen zij in de eerste plaats een *tool* vormen voor aandeelhouders en investeerders die vennootschappen bij de les willen houden op IMVO-gebied. Op het gebied van het civiele aansprakelijkheidsrecht hebben zij een belangrijke rol bij de invulling van wat op grond van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen verwacht mag worden van ondernemingen die (in)direct betrokken zijn bij activiteiten in gastlanden met een negatieve impact op mens en milieu.

Ook veel ondernemingen zelf stellen zich proactief op bij het implementeren van de verantwoordelijkheden die voortvloeien uit de UN Guiding Principles, zoals het invoeren van *due diligence*-procedures op mensenrechtengebied. Binnen sommige ondernemingen wordt dit reeds gezien als een *compliance*-kwestie of in ieder geval een kwestie van risicomanagement. Wel geldt hierbij, zo blijkt uit antwoorden op vragen hierover in het kader van de interviews, dat het hier met name gaat om een klein groepje voorlopers en dat er in alle onderzochte landen een grote achterhoede is van ondernemingen die weinig tot geen veranderingen hebben doorgevoerd naar aanleiding van de Guiding Principles. Dit leidt ertoe dat in alle landen wel stemmen opgaan van individuele voorlopers op IMVO-gebied voor een meer dwingend reguleringskader dat in ieder geval het nationale speelveld wat dit betreft weer gelijktrekt. In Nederland is vooralsnog gekozen voor de middenweg van het afsluiten van IMVO-convenanten met (bepaalde sectoren binnen) het bedrijfsleven waarin afspraken worden gemaakt over de te bereiken doelstellingen. Daarbij geldt als stok achter de deur de dreiging van meer dwingende regelgeving als hier niet aan voldaan wordt.

Gezien deze ontwikkelingen zijn er verschillende aandachtspunten waar het gaat om de mate waarin de huidige Nederlandse wetgeving en jurisprudentie op het gebied van het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht en het straf(proces)recht zich verhouden tot de UN Guiding Principles.

In algemene zin kan geconstateerd worden dat het Nederlandse recht vooralsnog geen wettelijke verplichting kent voor Nederlandse ondernemingen om de in het kader van de *responsibility to respect* opgestelde gedragsnormen te implementeren. Het gaat daarbij in ieder geval om: 1) een beleidscommitment inzake de verantwoordelijkheid om mensenrechten te eerbiedigen; 2) een procedure voor *due diligence* op mensenrechtengebied; 3) procedures gericht op het verhelpen van negatieve gevolgen op mensenrechtengebied die door de bedrijfsactiviteiten veroorzaakt of in de hand gewerkt zijn. Hoewel de niet-verbindende aard van de UN Guiding Principles met zich brengt dat een dergelijke verplichting strikt genomen niet ingevoerd hoeft te worden, gaat het hier wel om de kerncomponenten van de *responsibility to respect*. Daarbij wordt ook van staten verwacht dat zij ondernemingen van advies voorzien over passende methoden om de mensenrechten bij al hun activiteiten te respecteren, waaronder *due diligence* procedures, en aan te geven welke resultaten verwacht mogen worden.

De huidige aanpak via het meer consensueel ingestoken reguleringskader van de IMVO-convenanten betekent niet dat er geen behoefte bestaat, bijvoorbeeld op deelgebieden of met betrekking tot specifieke aandachtspunten, of kan ontstaan, bijvoorbeeld na evaluatie van de effectiviteit van de gekozen aanpak, aan een meer verplichtend wettelijk kader. Hierbij speelt ook een rol het belang van de bescherming van het concurrentievermogen, ook in nationaal verband, van ondernemingen die zich actief inspannen om te voldoen aan hetgeen van hen verwacht wordt in het kader van de *responsibility to respect* (zie hierover nader par. 5.3). Dit mede in verband met het feit dat uit de in het kader van dit onderzoek afgenomen interviews als algemeen beeld naar voren komt dat in de onderzochte landen vooralsnog door slechts een klein deel van de (internationaal opererende) ondernemingen concrete stappen gezet worden gericht op het implementeren van de *responsibility to respect*. Het lijkt dan ook van belang, mede met het oog op de rechtszekerheid en het bevorderen van een nationaal gelijk speelveld, om zowel de daadwerkelijke implementatie van de UN Guiding Principles op ondernemingsniveau verder in kaart te brengen, als de mogelijkheden tot en wenselijkheid van meer verbindende regelgeving op dit vlak.

De bestaande bepalingen op het gebied van het Nederlandse ondernemingsrecht, of, meer specifiek, het vennootschapsrecht, bieden zekere aanknopingspunten voor een verdere uitwerking van de Guiding Principles, in het bijzonder de *responsibility to respect* uit de tweede pijler. Zij zijn in beginsel van toepassing op alle Nederlandse vennootschappen, ongeacht waar deze hun activiteiten verrichten. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het vereiste dat bestuurders en commissarissen zich bij hun taakuitoefening dienen te richten naar het belang van de aan de vennootschap verbonden onderneming. Het begrip vennootschappelijk belang wordt in Nederland ruim geïnterpreteerd, in die zin dat het ook *stakeholders* als werknemers en crediteuren kan omvatten en dat het in beginsel ziet op het langetermijnbelang van de onderneming. Tegelijkertijd is het niet onbegrensd en ziet het naar haar aard in beginsel niet op de behartiging van de belangen van externe derden. Dit is slechts anders wanneer een verplichting om rekening te houden met dergelijke belangen voortvloeit uit de wet of uit de statuten van de vennootschap, of indien het in het belang van de onderneming is om daarmee wel rekening te houden.

In dit kader kan gewezen worden op de bepaling uit de UN Guiding Principles dat wetgeving met betrekking tot de exploitatie van ondernemingen, zoals het vennootschapsrecht, handvatten moet bieden aan (functionarissen van) ondernemingen voor de eerbiediging van de mensenrechten van derden en hieraan niet in de weg moeten staan. Dit is een aandachtspunt, aangezien op het gebied van het Nederlandse vennootschapsrecht het belang van de bescherming van mens en milieu in beginsel niet voorgaat op het ondernemingsbelang. Tenzij iets anders voortvloeit uit de wet of uit de statuten van de vennootschap, geldt dat *profit* vooropstaat en dat *people* en *planet* slechts een rol spelen voor zover zij daaraan bijdragen of daarmee te verenigen zijn. Dit heeft tot gevolg dat eventuele (I)MVO-gerelateerde verplichtingen voor bestuurders en commissarissen van Nederlandse vennootschappen in beginsel beperkt zijn tot die gevallen waarin het rekening houden met of het behartigen van de mens- en milieugerelateerde belangen van derden wettelijk verplicht is, op grond van de statuten toegestaan of vereist is, of in het belang is van de onderneming. Hoewel dat laatste soms het geval kan zijn, bijvoorbeeld bij (dreiging van) financiële en reputatieschade als gevolg van mogelijke (I)MVO-gerelateerde juridische procedures, zal dit lang niet altijd zo zijn.

Het vennootschapsrecht kent ook geen handhavingsmechanismen die het mogelijk maken voor derden die schade lijden als gevolg van de negatieve impact van de ondernemingsactiviteiten op mens of milieu om (functionarissen van) de vennootschap daarvoor aansprakelijk te stellen. Daarmee heeft het weinig te bieden waar het gaat om mogelijkheden voor slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen tot het verkrijgen van herstel en/of verhaal via gerechtelijke klachtenmechanismen in de zin van de derde pijler van de UN Guiding Principles. Handhaving van

eventuele (I)MVO-gerelateerde verplichtingen op het gebied van het ondernemingsrecht is dan ook grotendeels afhankelijk van de actiebereidheid van 'activistische' aandeelhouders en investeerders. Hoewel deze actiebereidheid gestaag lijkt toe te nemen, is net als voor het uitoefenen van invloed voor veel van de relevante instrumenten vereist dat de (groepen van) aandeelhouders die daarvan gebruik wensen te maken een bepaald gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. De enquêteprocedure, die ook ingesteld kan worden door bijvoorbeeld vakbonden of de advocaat-generaal in het algemeen belang, zou in theorie mogelijkheden kunnen bieden om in te grijpen bij ernstige en aanhoudende IMVO-normschendingen in het kader van de activiteiten in gastlanden door Nederlandse internationaal opererende ondernemingen en/of hun dochtermaatschappijen.

Tot op zekere hoogte vinden (I)MVO-gerelateerde onderwerpen ook naar huidig recht al uitwerking op het gebied van het ondernemingsrecht, met name in de vorm van de verplichting die onder bepaalde voorwaarden bestaat om in het jaarverslag te rapporteren over niet-financiële prestatie-indicatoren, met inbegrip van milieu- en personeelsaangelegenheden. Daarbij geldt echter wel dat ondernemingen op grond van de huidige Nederlandse regels omtrent verslaglegging niet hoeven te rapporteren over de mensenrechtenimpact van hun activiteiten. Dit verhoudt zich niet goed tot de bepaling in de UN Guiding Principles dat staten ondernemingen dienen aan te moedigen en waar nodig te verplichten om verslag te doen van de manier waarop zij omgaan met de impact van hun activiteiten op de mensenrechten van derden. Daarnaast is de werking van de bestaande transparantieverplichtingen in beginsel beperkt tot grote rechtspersonen en strekt zij zich dus niet uit tot middelgrote of kleine rechtspersonen. En tot slot hoeft op grond van huidig recht slechts transparantie betracht te worden ten aanzien van niet-financiële prestatie-indicatoren indien dit noodzakelijk is voor een goed begrip van de ontwikkeling, de resultaten of de positie van de onderneming.

De nieuwe EU-richtlijn niet-financiële informatie speelt een belangrijke rol in dit opzicht, omdat hierin de bestaande transparantieverplichtingen verbreed en verdiept worden en daarmee ook meer in lijn gebracht worden met de UN Guiding Principles. Op grond hiervan dienen bepaalde grote ondernemingen (waaronder beursgenoteerde bedrijven, banken en verzekeraars) te rapporteren over hun bedrijfsbeleid ten aanzien van milieu, sociale- en personeelsaangelegenheden, mensenrechten en de bestrijding van corruptie en omkoping. Daarnaast moet gerapporteerd worden over de resultaten van dat bedrijfsbeleid en dient aandacht besteed te worden aan de voornaamste risico's ten aanzien van deze onderwerpen en de manier waarop deze worden beheerst. Voert de onderneming geen beleid ten aanzien van één of meerdere van deze onderwerpen, dan moet een duidelijke en gemotiveerde verklaring worden opgenomen waarom zij dit niet doet (*comply or explain*). De lidstaten moeten de richtlijn uiterlijk op 6 december 2016 hebben geïmplementeerd in hun nationale wetgeving.

Interessant aan de nieuwe transparantierichtlijn is verder dat transparantie omtrent de impact van de ondernemingsactiviteiten op (I)MVO-gerelateerde belangen hierin als doel op zich gesteld wordt en niet slechts als iets dat ten doel staat aan inzicht in de ontwikkelingen, resultaten of positie van de onderneming. De precieze werking en impact ervan zal uiteindelijk echter mede afhangen van de manier waarop deze geïmplementeerd gaat worden in het nationale recht van de lidstaten, waaronder Nederland. Daarbij is onder meer van belang wat de mogelijkheden tot handhaving zijn van de gestelde transparantieverplichtingen. Hier is in Nederland vooral een rol weggelegd voor aandeelhouders en investeerders, maar tot op zekere hoogte ook voor andere belanghebbenden zoals ondernemingsraad, vakbonden, concurrenten, crediteuren en belangenorganisaties. Daarnaast kan, vanwege de strafbaarstelling van schending van transparantieverplichtingen via de Wet Economische Delicten, het Nederlandse openbaar ministerie strafvervolging instellen wegens niet-naleving van deze verplichtingen. Omdat het hier slechts een overtreding betreft, zullen de belangen bij vervolging echter minder groot zijn en zal een uiteindelijke veroordeling niet een sterk normerend effect hebben.

Tot slot is van belang dat in het ondernemingsrecht de beginselen van gescheiden rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid belangrijke uitgangspunten zijn, hetgeen betekent dat rechtspersonen in beginsel niet verantwoordelijk gehouden worden voor de gedragingen van andere rechtspersonen. Deze uitgangspunten gelden ook waar het gaat om vennootschappen die met elkaar verbonden zijn in concernverband; zij worden in rechte gezien als gescheiden entiteiten en kunnen slechts bij hoge uitzondering aansprakelijk gesteld worden voor schulden of gedragingen van andere groepsmaatschappijen. Dit betekent dat er naar de huidige stand van zaken in het ondernemingsrecht weinig plaats is voor de uitwerking van de bepaling uit de UN Guiding Principles dat de *responsibility to respect* van ondernemingen zich ook uitstrekt tot de eventuele negatieve gevolgen op mensenrechtengebied die via haar zakelijke relaties, zoals buitenlandse dochtermaatschappijen of ketenpartners, rechtstreeks aan haar activiteiten, producten of diensten gelieerd zijn.

Ook de bestaande bepalingen op het gebied van het civiele aansprakelijkheidsrecht bieden mogelijkheden voor de verdere uitwerking van de gedragsnormen uit de UN Guiding Principles, waaronder de *responsibility to respect*. Anders dan het ondernemingsrecht is het civiele aansprakelijkheidsrecht specifiek gericht op het beschermen van de belangen van derden tegen de schadelijke gevolgen die de activiteiten van (rechts)personen met zich brengen. Het kan in geval van schadeveroorzakende gebeurtenissen op initiatief van de benadeelden ingezet worden met het oog op het verkrijgen van vergoeding van de door hen geleden schade door de (rechts)personen die verantwoordelijk zijn voor die gebeurtenissen. Daarnaast biedt het, anders dan het ondernemingsrecht, wel mogelijkheden om ondernemingen die een bepaalde mate van invloed kunnen uitoefenen over de activiteiten van andere (rechts)personen of de gevolgen daarvan, in rechte aan te spreken wanneer die activiteiten schade aan mens en milieu tot gevolg (dreigen te) hebben.

Als zodanig speelt het civiele aansprakelijkheidsrecht een belangrijke rol waar het gaat om de derde-pijler verplichting voor staten om slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen toegang te geven tot herstel en/of verhaal middels gerechtelijke klachtenmechanismen. Daarnaast kan het tot op zekere hoogte ook een rol spelen in de eerste pijler van de UN Guiding Principles, aangezien het tegelijkertijd een reguleringsinstrument vormt dat op initiatief van de benadeelden kan worden ingezet om bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen te onderzoeken en te redresseren. In aanvulling daarop heeft het met de mogelijkheid tot het instellen van een aansprakelijkheidsvorderingen ter voorkoming van verdere of dreigende schade ook een directe preventieve werking. Indirect kunnen (de dreiging van) aansprakelijkheid en de daarmee samenhangende financiële en reputatieschade gedragsprikkels vormen voor ondernemingen om normconform te handelen. Ook in de tweede pijler heeft het een functie, aangezien civiele aansprakelijkheidsprocedures een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de implementatie en nadere uitwerking, van geval tot geval, van de *responsibility to respect*.

In de IMVO-context is van bijzonder belang dat het civiele aansprakelijkheidsrecht ook mogelijkheden biedt om (functionarissen van) ondernemingen aansprakelijk te stellen voor schendingen van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Deze open norm maakt het mogelijk om in procedures tegen Nederlandse ondernemingen met betrekking tot hun betrokkenheid bij activiteiten die geresulteerd hebben in schade aan mens en milieu, ook algemeen aanvaarde niet-wettelijke gedragsnormen, mee te nemen bij de beoordeling welke mate van zorg van de onderneming verwacht had mogen worden. Op die manier wordt de verantwoordelijkheid die op grond van de UN Guiding Principles rust op ondernemingen om na te gaan of hun activiteiten risico's op mensenrechtenschendingen met zich brengen en om deze risico's zoveel mogelijk te voorkomen of beperken, een factor die mede bepaalt of en in hoeverre de onderneming bij verwezenlijking van die risico's in rechte gehouden is om het als gevolg daarvan door derden geleden nadeel te redresseren.

In algemene zin geldt op grond van het civiele aansprakelijkheidsrecht dat van de onderneming meer, betere en duurdere voorzorgsmaatregelen verwacht mogen worden naarmate het redelijkerwijs voorzienbare risico op schending van de IMVO-gerelateerde belangen van derden groter is, zoals bij activiteiten in conflictgebieden, en/of de te verwachten schade ernstiger. Net als in de UN Guiding Principles wordt ook hier van ondernemingen verwacht dat zij zich proactief opstellen. Anders dan in het ondernemingsrecht is het op grond van het civiele aansprakelijkheidsrecht wél mogelijk om een onderneming verantwoordelijk te houden wordt voor schade veroorzaakt niet door haar eigen activiteiten maar door de activiteiten van anderen, zoals buitenlandse dochtermaatschappijen of ketenpartners. Daarbij is bepalend in hoeverre de met die activiteiten samenhangende risico's op schade aan mens en milieu voorzienbaar hadden kunnen zijn voor de onderneming en in hoeverre zij op grond van haar invloed op de betreffende actoren en activiteiten over *de facto* mogelijkheden had kunnen beschikken om die risico's te voorkomen of te beperken.

Ondanks de ruime mogelijkheden die het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht biedt voor de operationalisering en verdere uitwerking van de gedragsnormen uit de UN Guiding Principles, bestaat er nog geen rechtspraak waarin dit ook daadwerkelijk gebeurd is. Dit heeft enerzijds te maken met het feit dat de UN Guiding Principles een relatief recent fenomeen zijn. Anderzijds zijn er echter ook belemmeringen waar het aankomt op de potentiële rol die het aansprakelijkheidsrecht in dit opzicht kan spelen. Omdat het in de IMVO-context doorgaans gaat om ondernemingsactiviteiten die resulteren in schade aan mens of milieu in een gastland, is in de regel niet het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht maar dat van het gastland van toepassing. Op deze hoofdregel bestaan wel enkele uitzonderingen. Daarnaast worden de mogelijkheden voor benadeelden van IMVO-gerelateerde normschendingen om een civiele aansprakelijkheidsprocedure in te stellen voor de Nederlandse rechter sterk beperkt door praktische en procedurele drempels als hoge kosten, bewijsproblemen en beperkingen in de mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties.

Dit is een punt van aandacht gezien de nadruk in de UN Guiding Principles op de verplichting voor staten om te voorzien in effectieve remedies. Volgens de UN Guiding Principles dienen staten ervoor te zorgen dat er geen juridische, praktische of andere barrières bestaan die de gang naar de rechter voor benadeelden beletten in legitieme zaken waar rechtsmiddelen essentieel zijn voor het verkrijgen van herstel en/of verhaal. Hier ligt een duidelijke opdracht voor de Nederlandse overheid om in huidige en toekomstige procedures tegen Nederlandse internationaal operende ondernemingen inzake MVO-normschendingen in binnen- en buitenland goed in de gaten te houden of de Nederlandse regels van internationaal privaatrecht en/of burgerlijk procesrecht drempels met zich brengen voor eisers met legitieme claims. Daarbij geldt ook dat het eventueel uitblijven van (verdere) aansprakelijkheidsprocedures inzake IMVO-normschendingen in een tijd dat dit type procedures in de wereldwijd in opkomst is, een aanwijzing kan zijn dat de drempel te hoog is.

De behandeling van de mogelijkheden die het Nederlandse materieel strafrecht en het strafprocesrecht bieden om schendingen van (I)MVO-gerelateerde normen te kunnen redresseren, laat zien dat er veel en gevarieerde mogelijkheden zijn, ook al heeft de schending geheel of gedeeltelijk in het buitenland plaatsgevonden. Er bestaan veel commune en/of bijzondere strafbepalingen die zien op de bescherming van mens- en milieugerelateerde belangen en in dit verband verplichtingen aan ondernemingen opleggen.

De daderschapsconstructie voor rechtspersonen uit het Nederlandse strafrecht en de mogelijke uitleg en toepassing die daaraan in concernverband kan worden gegeven, maakt dat (I)MVO-gerelateerde normschendingen door buitenlandse dochtermaatschappijen van een Nederlandse moedermaatschappij toch binnen het bereik van de Nederlandse strafwet kunnen worden gebracht. Daarnaast kunnen ook via bepaalde strafbepalingen, zoals witwassen en deelneming aan een criminele organisatie, alsmede

via deelnemingsvormen als medeplichtigheid allerlei vormen van betrokkenheid van ondernemingen bij strafbare feiten gepleegd door andere (rechts)personen binnen de reikwijdte van de genoemde strafbepalingen worden gebracht. Verder kan het strafprocesrecht een eigenstandige rol vervullen doordat van een vervolging, en/of het openbaar terechtstaan en/of een veroordeling met een bestraffing een normerende werking kan uitgaan. Daarnaast kan het strafprocesrecht een civiele procedure zowel ondersteunen als aanvullen.

Via de genoemde strafbepalingen en de daderschapsconstructie voor ondernemingen wordt ook bescherming geboden aan mens- en milieugerelateerde belangen, waaronder de mensenrechten die centraal staan in de UN Guiding Principles. Deze strafbepalingen verschaffen tevens de krachtens het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel vereiste wettelijke basis om daders van schendingen ervan te kunnen bestraffen. Als zodanig speelt het Nederlandse strafrecht een belangrijke rol in de eerste pijler van de UN Guiding Principles, aangezien het een reguleringsinstrument vormt dat door de staat kan worden ingezet om bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen te onderzoeken en te redresseren. Voorts gaat van het enkele feit van strafbaarstelling van bepaalde gedragingen die een negatieve impact hebben op mens of milieu een sterke preventieve werking uit. Door normschendingen met straf te bedreigen wordt door de wetgever een standaard gezet die aangeeft wat van ondernemingen wordt verwacht in het kader van het respecteren van mensenrechten en het milieu. Doordat in het Nederlandse recht de strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevenden (feitelijk leidinggevenden, waaronder CEO's en managers) is gekoppeld aan het daderschap van de rechtspersoon, kunnen deze natuurlijke personen eveneens worden vervolgd voor hun leidinggeven aan verboden gedragingen binnen de sfeer van de onderneming.

In het kader van de *duty to protect* bepalen de UN Guiding Principles dat staten verplicht zijn tot het implementeren en handhaven van strafrechtelijke bepalingen inzake bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen die het mogelijk maken om de 'eigen' ondernemingen te vervolgen op grond van het actief nationaliteitsbeginsel, ongeacht waar het strafbaar feit is begaan. Voor een beperkt aantal Nederlandse strafbepalingen die ernstige mensenrechtenschendingen beogen tegen te gaan, is extraterritoriale rechtsmacht voorzien op grond van het actief nationaliteitsbeginsel. Het gaat dan om ambtsmisdrijven zoals ambtelijke corruptie, het laten verrichten van arbeid door ongewenste vreemdelingen, bepaalde, ernstige zedendelicten, alsook om de internationale misdrijven uit de Wet Internationale Misdrijven. Daarmee is voor die specifieke strafbepalingen reeds uitvoering gegeven aan de UN Guiding Principles. Die zien echter op een veel breder scala aan mensenrechtschendingen. Het is dan ook van belang om kritisch te bekijken of er in meer gevallen extraterritoriale rechtsmacht zou moeten worden gevestigd voor misdrijven die mensenrechtschendingen inhouden. Daarnaast zou, conform de UN Guiding Principles, meer inzet van het strafrecht kunnen worden overwogen ter daadwerkelijke handhaving van IMVO-gerelateerde wettelijke verplichtingen uit andere rechtsgebieden.

In Nederland ligt het initiatief voor een strafrechtelijke procedure bij het openbaar ministerie. Gelet op het beperkte aantal strafzaken lijkt het erop dat het openbaar ministerie in het licht van het prioriteren van de soorten zaken waarvoor de schaarse opsporing- en vervolgingsmiddelen worden ingezet, dan niet opteert voor het vervolgen van bedrijfsgerelateerde mensenrechtschendingen. Bestaande strafrechtelijke mogelijkheden blijven derhalve onbenut. Hier ligt een aandachtspunt in het licht van de UN Guiding Principles. Daaruit blijkt duidelijk dat met een toereikend wettelijk kader niet kan worden volstaan; het gaat ook om het daadwerkelijk onderzoeken, vervolgen en bestraffen van mensenrechtenschendingen en dat daar beleid op wordt gevoerd. Dat lijkt in Nederland voor het straf(proces)recht te ontbreken in de IMVO-context.

Gelet op de omstandigheid dat het openbaar ministerie in Nederland de exclusieve bevoegdheid heeft waar het gaat om vervolgingsbeslissingen, ligt het op de weg van het openbaar ministerie om hier

verandering in te brengen. Het kan het onderzoeken en het vervolgen van zaken waarin sprake is van schendingen van IMVO-normen hoger prioriteren en ook ambtshalve onderzoek instellen. De mogelijkheden voor benadeelden of ngo's om een beslissing tot niet-vervolging aan te vechten, zijn in het Nederlandse recht beperkt tot het indienen van een klacht bij het gerechtshof, dat deze beslissing slechts marginaal zal toetsen. Daarbij moet bedacht worden dat de UN Guiding Principles in het kader van de derde pijler staten ertoe verplichten om ervoor te zorgen dat openbaar aanklagers de middelen, expertise en steun krijgen die ze nodig hebben om conform de verplichtingen van de staat zelf onderzoek te doen naar de betrokkenheid van personen en bedrijven bij misstanden op mensenrechtengebied.

In het kader van de derde pijler van de UN Guiding Principles geldt dat het Nederlandse straf(proces)recht slechts een bescheiden rol speelt waar het gaat om de toegang van slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen tot herstel en/of verhaal middels gerechtelijke klachtenmechanismen. De rol van het slachtoffer is beperkt in het Nederlandse strafrecht. Het slachtoffer van IMVO-gerelateerde strafrechtelijke gedragingen door een onderneming kan zich voegen als benadeelde partij in een strafrechtelijke procedure die betrekking heeft op die feiten door een vordering ter vergoeding van die schade in te dienen. Aldus biedt het strafproces een betrekkelijk eenvoudige weg om zonder al te veel kosten en relatief snel een veroordeling tot betaling van schadevergoeding te verkrijgen. Een belangrijke beperking is evenwel dat de behandeling van deze vordering van de benadeelde partij naar Nederlands recht geen onevenredige belasting van het strafproces mag opleveren. Bij meer complexe schadeclaims zal dit echter al snel het geval zijn, wat betekent dat het slachtoffer zal worden gedwongen zijn toevlucht te zoeken tot het civiele aansprakelijkheidsrecht.

4. Rechtsvergelijking en vestigingsklimaat

Hoe verhoudt de Nederlandse juridische status quo zich tot die in de ons omringende landen, in het licht van bevordering van de *responsibility to respect* en in het licht van de mogelijke gevolgen voor het vestigingsklimaat?

In algemene zin kan gezegd worden dat Nederland in vergelijking met de andere onderzochte landen geen achterblijver is op het gebied van IMVO-gerelateerde regelgeving en rechtspraak, maar ook geen voorloper. Vooralsnog heeft de Nederlandse regering met de focus op MVO-convenanten met (bepaalde sectoren van) het bedrijfsleven gekozen voor een aanpak die aansluit bij de Nederlandse overlegcultuur. De mogelijkheid van het opleggen van meer dwingende regels aan Nederlandse internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van de mogelijk negatieve impact van door of voor hen verrichte activiteiten op mens en milieu in gastlanden, speelt daarmee op dit moment slechts een rol als stok achter de deur als op termijn zou blijken dat de gestelde doelen niet gehaald worden. Ook op grond van het huidige recht op het gebied van het ondernemingsrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht of het strafrecht bestaat in Nederland vooralsnog geen algemene wettelijke verplichting voor Nederlandse ondernemingen om te voldoen aan de kernelementen van de *responsibility to respect* uit de UN Guiding Principles.

In verschillende van de ons omringende landen kent men op deelgebieden wel dergelijke verplichtingen of bestaan serieuze voorstellen voor het invoeren van een dergelijke verplichting ten aanzien van de bredere IMVO-context, die niet alleen ziet op mensenrechten maar ook op arbeid, gezondheid & veiligheid en milieu.

Zo kent men in Frankrijk met de Loi Grenelle II al langer verdergaande rapportageverplichtingen met betrekking tot de milieu-impact van ondernemingsactiviteiten, ook in concernverband. In het Verenigd

Koninkrijk is recent de Modern Slavery Act aangenomen, die een verdergaande rapportageverplichting kent met betrekking tot arbeidsuitbuiting in de productieketen. Verder is in Frankrijk recent veel discussie geweest rond een wetsvoorstel inzake een wettelijke zorgvuldigheidsverplichting (*devoir de vigilance*) voor grote Franse ondernemingen ten aanzien van de mens- en milieugerelateerde risico's die verbonden zijn aan de activiteiten van hun dochtervennootschappen, onderaannemers en leveranciers. Zwitserland heeft met de recente *Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger* een wet aangenomen die voor private militaire en beveiligingsbedrijven (PMSC's) en hun functionarissen en werknemers een wettelijke plicht bevat om directe deelneming aan vijandelijkheden in het buitenland en bepaalde ernstige mensenrechtenschendingen in dat kader te voorkomen. Daarnaast loopt in Zwitserland een burgerwetgevingsinitiatief ter invoering van een wettelijk verplichte '*responsabilité des entreprises*' voor Zwitserse ondernemingen die ziet op de impact op mens en milieu van hun eigen activiteiten en van de activiteiten van ondernemingen die onder hun controle staan.

De traditionele boodschap die vooral door koepelorganisaties die het bedrijfsleven vertegenwoordigen naar voren wordt gebracht met betrekking tot dit soort IMVO-gerelateerde wetgevingsinitiatieven is dat meer regeldruk op nationaal niveau ongewenst is, aangezien dit leidt tot hogere kosten en daarmee tot verslechtering van de internationale concurrentiepositie van het nationale bedrijfsleven. Daarbij geldt dat het in dit verband niet in de eerste plaats gaat om de concurrentie met lokale bedrijfjes uit minder ontwikkelde gastlanden, maar met de concurrentie met internationaal opererende ondernemingen uit andere Westerse en niet-Westerse thuislanden. Tegelijkertijd wordt door individuele ondernemingen, met name de voorlopers op IMVO-gebied, juist gewezen op de keerzijde van het verhaal, namelijk dat regelgeving, mits duidelijk en consistent, het nationale speelveld gelijktrekt en tegelijkertijd aanzet tot innovatie die op de lange termijn een concurrentievoordeel oplevert op het internationale speelveld. Daarbij is een belangrijke boodschap die uit de interviews naar voren komt dat in internationaal opzicht achterlopen op vergelijkbare landen met regelgeving soms grotere risico's op concurrentienadeel met zich kan brengen dan voorlopen.

Daarbij is ook van belang om op te merken dat er geen aanwijzingen zijn dat striktere regelgeving op IMVO-gebied een bepalende factor zou zijn voor internationaal opererende ondernemingen in de onderzochte landen bij hun investeringsbeslissingen. Wetgeving zoals ooit de Belgische Genocidewet en meer recent de Franse Loi Grenelle II, de Engelse Modern Slavery Act en de Zwitserse wetgeving met betrekking tot PMSC's hebben niet, althans naar het oordeel van de respondenten in deze qua opzet beperkte empirische studie, geleid tot herlokalisering van ondernemingen uit de betreffende landen naar andere thuislanden. Hetzelfde geldt voor de IMVO-gerelateerde voorstellen voor wetgeving die momenteel in Frankrijk en Zwitserland voorliggen. Hoewel de meningen op dit vlak wat verdeeld zijn, geeft ook het overgrote merendeel van de Nederlandse respondenten aan niet te geloven dat striktere regelgeving op IMVO-gebied, vergelijkbaar met de ontwikkelingen op dit gebied in de ons omringende landen, ervoor zou zorgen dat internationaal opererende ondernemingen Nederland zouden verlaten of zouden ontlopen. De vraag wordt zelfs opgeworpen of Nederland ondernemingen waarvoor dit wel een bepalende factor zou zijn, moet willen aantrekken dan wel vasthouden.

Uiteindelijk zijn er bij elk van de hier besproken IMVO-gerelateerde wetgevingsinitiatieven een aantal factoren die bepalend lijken te zijn voor enerzijds de te verwachten werkzaamheid ervan (dat wil zeggen: de effectiviteit ervan waar het met het oog op het gestelde doel) en anderzijds de 'verteerbaarheid' ervan voor het bedrijfsleven. Deze factoren omvatten onder meer de vraag voor welke ondernemingen de gestelde verplichtingen gelden (de horizontale reikwijdte) en de vraag in hoeverre zij zich ook uitstrekken binnen het concern of in de productieketen (de verticale reikwijdte). Daarnaast is van belang of het gaat om verplichtingen die uiteindelijk zien op de bescherming van mens- en milieugerelateerde belangen of om verplichtingen die uiteindelijk zien op de bescherming van het

ondernemingsbelang (het te beschermen belang). Verder is een belangrijke factor in hoeverre het gaat om de verplichtingen die duidelijk afgebakend zijn en/of die een zekere mate van flexibiliteit wat betreft de manier waarop de erin gestelde doelen nagestreefd kunnen worden door de bedrijven tot wie zij zich richten (de aard). En tot slot is telkens van belang op welke manier en door wie de gestelde verplichtingen gehandhaafd kunnen worden (de handhaving).

Opvallend is dat vrijwel alle voorbeelden van IMVO-gerelateerde regelgeving die is ingevoerd of waar momenteel over gesproken wordt in de ons omringende landen, (deels) in de vorm gegoten zijn van transparantieverplichtingen voor internationaal opererende ondernemingen inzake de impact van ondernemingsactiviteiten op mens en milieu. Relevant in dit kader is ook de reeds vermelde nieuwe EU-richtlijn niet-financiële informatie. Opmerkelijk is dat in de interviews nauwelijks gerefereerd is aan de mogelijke impact ervan op het vestigingsklimaat van de landen waar hij zal gaan gelden. Een verklaring hiervoor kan gelegen zijn in de *comply or explain*-status van de richtlijn, die ondernemingen wat ruimte geeft in het voldoen aan de opgelegde verplichting, of in het feit dat de richtlijn nog niet omgezet is in nationaal recht en dus nog niet echt realiteit is. Aannemelijker is wellicht echter dat ook meespeelt dat het een verplichting betreft die voor ondernemingen binnen alle EU-lidstaten gaat gelden, wat betekent dat het risico dat de verplichting concurrentienadeel oplevert ten opzichte van andere Europese ondernemingen veel kleiner is. Dit illustreert het voordeel van een Europese of in ieder geval multilaterale aanpak in deze context, waarbij wel gelijk aangetekend moet worden dat de mogelijkheden om te komen tot IMVO-regelgeving op EU-niveau overigens relatief beperkt zijn en dus geen echt alternatief kunnen bieden voor nationaalrechtelijke wetgeving en beleid op dit onderwerp.

Wat verder nog opgemerkt kan worden in dit verband, is dat er in de verschillende lidstaten wel discussie bestaat over de impact van de richtlijn op het nationale gelijke speelveld, gezien de beperkte horizontale reikwijdte ervan. Meer in het algemeen werpen dit soort transparantieverplichtingen in veel van de onderzochte landen de vraag op in hoeverre er ook iets verwacht mag worden van het midden- en kleinbedrijf. Zo is in het kader van de Modern Slavery Act bijvoorbeeld actief gelobbyd door het bedrijfsleven voor een lage toepassingsdrempel van de daarin opgenomen verplichtingen. De boodschap die daarin doorklinkt is dat in sommige gevallen de impact van dit soort reguleringsinstrumenten op de nationale concurrentiepositie van ondernemingen meer vragen lijkt op te roepen dan de impact ervan op de internationale concurrentiepositie.

Ook waar het gaat om IMVO-gerelateerde rechtspraak is Nederland geen achterblijver maar ook geen voorloper ten opzichte van de andere hier onderzochte landen. Met een totaal van 4 rechtszaken, waaronder twee civiele aansprakelijkheidszaken en twee strafzaken, bevindt Nederland zich in de achterhoede voor wat betreft het aantal hier aangebrachte claims. Met in ieder geval twee rechtszaken waarin het is gekomen tot een gemotiveerd gerechtelijk eindoordeel over de zorgplichten van internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van mens en milieu in gastlanden (de Nederlandse Shell Nigeria-zaak en de Trafigura-zaak, hoewel deze laatste na het hoger beroep geschikt is), bevindt Nederland zich echter wel weer in de voorhoede.

Het totaal van aangebrachte IMVO-gerelateerde procedures in de hier onderzochte landen sinds 1990 staat momenteel op 35, hoewel men afhankelijk van definities en telling ook op een wat kleiner of een veel groter aantal zou kunnen uitkomen. Van belang is echter dat de teller volgens de hier gehanteerde methode 15 jaar geleden nog maar op 5 stond, hetgeen wil zeggen dat het aantal procedures in absolute getallen wellicht best meevalt, maar procentueel enorm gestegen is. Er bestaat een internationale trend, niet alleen in Europa maar ook in andere Westerse landen, richting juridische procedures tegen internationaal opererende ondernemingen voor rechters in hun thuislanden naar aanleiding van schade aangericht aan mens en milieu in gastlanden. En hoewel dit zeker niet een ontwikkeling is die wordt toegejuicht door de aangesproken ondernemingen, worden deze juridische procedures door velen,

waaronder niet alleen ngo's en academici maar ook politici, beleidsmakers en tot op zekere hoogte ook mensen uit het bedrijfsleven zelf, gezien als een ontwikkeling die cruciaal is voor het verder ontwikkelen en in kaart brengen van de zorgplichten van ondernemingen in het kader van IMVO.

Interessant is dat deze procedures in sommige landen, zoals Nederland en Zwitserland, veel meer maatschappelijke en politieke discussie lijken op te roepen dan in andere landen, zoals Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk. Daarbij is opvallend dat juist in die landen waar ze veel discussie oproepen het aantal aangebrachte procedures zeer laag is, terwijl in die landen waar ze weinig discussie oproepen het aantal aangebrachte procedures veel hoger is, waarbij met name gedacht kan worden aan Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk. Ook is opvallend dat in het kader van deze discussie juist door (enkele) respondenten uit Nederland en in Zwitserland een negatief verband gelegd wordt tussen dit soort procedures en het nationale vestigingsklimaat, terwijl het overgrote merendeel van de respondenten aangeeft dat naar hun mening dit soort IMVO-gerelateerde juridische procedures geen invloed hebben op het vestigingsklimaat. Zoals opgemerkt kent geen van de respondenten concrete voorbeelden van ondernemingen die omwille van (de dreiging van) dit soort procedures het land verlaten hebben. Enkele respondenten, waaronder ook respondenten uit het bedrijfsleven, spreken zelfs van een positieve invloed.

Gaat het in meer algemene zin om het creëren van 'Amerikaanse toestanden' (dat wil zeggen: een rechtscultuur waarin te veel en te vlug wordt geclaimd) dan zijn er in meer landen respondenten die aangeven dat dit wellicht ongunstig zou kunnen zijn voor het vestigingsklimaat. Daarbij moet echter opgemerkt worden dat volgens de respondenten in geen van de onderzochte landen van een dergelijke claimcultuur sprake is. Dit is ook niet het beeld dat naar voren komt uit het rechtsvergelijkende onderzoek naar procedurele en praktische omstandigheden die van belang zijn voor de mogelijkheden voor benadeelden om civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures te initiëren tegen internationaal opererende ondernemingen naar aanleiding van IMVO-gerelateerde normschendingen. In vrijwel alle onderzochte landen, waaronder ook Nederland, vormen regels met betrekking tot de kosten van procederen, de mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties en/of de mogelijkheden tot bewijsgaring potentiële belemmeringen die toegang tot de rechter kunnen bemoeilijken of verhinderen in IMVO-gerelateerde juridische procedures, ook voor eisers met legitieme claims.

Daarmee geldt niet alleen voor Nederland maar ook voor veel van de andere hier onderzochte landen dat er wat betreft de in de UN Guiding Principles voorgestane toegang tot effectieve gerechtelijke verhaalsmogelijkheden een belangrijk verschil bestaat tussen wat er volgens de Guiding Principles mogelijk zou moeten zijn en wat er op grond van de huidige juridische status quo mogelijk is. Het enige land dat hierop in vergelijking met Nederland en de andere hier onderzochte landen een uitzondering vormt, is het Verenigd Koninkrijk. Opvallend is dat het juist de respondenten uit het Verenigd Koninkrijk zijn, waar zoals gezegd tot dusverre in verhouding het hoogste aantal civiele aansprakelijkheidsclaims is aangebracht, die geen negatief verband zien tussen IMVO-gerelateerde juridische procedures en het vestigingsklimaat en het zelfs zien als iets dat ondernemingen 'scherp' houdt.

In vergelijking met de andere onderzochte landen onderscheidt Nederland zich niet wat betreft de rol en de mogelijkheden van het strafrecht. Enkele buitenlandse strafrechtelijke regelingen kunnen als inspiratie dienen voor een verdere inzet van het Nederlandse strafrecht in de IMVO-context. Hierbij kan gedacht worden aan de extraterritoriaal werkende Bribery Act 2010, die een strafrechtelijke risico-aansprakelijkheid kent van ondernemingen die geen adequate maatregelen treffen ter voorkoming van actieve corruptie, aangevuld met een bij de wet voorziene mogelijkheid van een zgn. *due diligence defence*. Ook kan gedacht worden aan de Modern Slavery Act 2015 met diens *slavery and trafficking reparation order* die weinig procedurele belemmeringen kent en steeds ambtshalve moet worden overwogen. De eerdergenoemde Zwitserse wet inzake PMSC's bepaalt dat daarin neergelegde

verbodsbepalingen ook gelden voor ondernemingen die niet in Zwitserland zijn gevestigd, maar wel worden gecontroleerd door Zwitserse PMSC's. Ook stelt de wet voor de toepassing daarvan dochterondernemingen gelijk aan de moedermaatschappij.

Nederland is tot nu toe wel het enige land waar in een IMVO-gerelateerde strafzaak tegen een internationaal opererende onderneming een veroordeling gevolgd is. Net als in de andere onderzochte landen (behoudens het Verenigd Koninkrijk) kan het Nederlandse strafrecht daarnaast civiele procedures aanvullen en ondersteunen door middel van de mogelijkheid om als slachtoffer via het strafproces civiel schadeverhaal te realiseren, door bij te dragen aan concretisering van een zorgplicht doordat een strafbepaling van toepassing is en door de bewijskracht van een strafrechtelijke uitspraak in een civielrechtelijke procedure.

Toch wordt vooralsnog relatief weinig gebruik gemaakt van de mogelijkheden tot strafrechtelijk optreden tegen Nederlandse ondernemingen die betrokken zijn bij ernstige mensenrechten- of milieuschendingen elders. Zoals eerder vermeld, is dit een punt van aandacht in het licht van de UN Guiding Principles. Daarbij kan nog gewezen worden op het feit dat uit de interviews naar voren komt dat het straf(proces)recht van een land nauwelijks wordt meegenomen bij de vestigingsbeslissingen van internationaal opererende ondernemingen. Voorts kan de vraag gesteld worden in hoeverre een land ondernemingen die afgeschrokken worden door de striktheid van strafrechtelijke normen of handhaving, zou moeten willen aantrekken of behouden.

Relevant in dit verband is dat in verschillende van de andere landen meer mogelijkheden bestaan voor slachtoffers van IMVO-normschendingen en ngo's om zelf een strafprocedure te initiëren. Vermeldenswaard is vooral de Franse *action civile*. Hierbij moet echter opgemerkt worden dat hoewel deze mogelijkheid heeft geleid tot een aanzienlijk hoger aantal IMVO-gerelateerde strafprocedures in Frankrijk dan in Nederland, deze procedures vooralsnog uiteindelijk geen veroordelingen hebben opgeleverd. In een meerderheid van de gevallen heeft het Franse openbaar ministerie de strafvervolging gestaakt, al is in drie zaken daartegen bezwaar gemaakt door ngo's en lopen de betreffende procedures nog. Hoewel de *action civile* in theorie mogelijkheden biedt om de rol van het straf(proces)recht bij de verwezenlijking van de *responsibility to respect* te versterken, zou deze figuur een wezensvreemd element zijn binnen het systeem en de organisatie van de Nederlandse strafvordering.

Uit het gering aantal strafzaken en de afloop daarvan lijkt te mogen worden afgeleid dat voor alle onderzochte landen geldt dat het openbaar ministerie kennelijk geen prioriteit legt bij strafrechtelijke aanpak van schendingen van IMVO-normen. In al deze landen (behoudens het Verenigd Koninkrijk) is datzelfde openbaar ministerie evenwel ofwel de ingang tot het strafrecht, ofwel de partij die de vervolging moet overnemen na het initiatief daartoe door een private partij. Als gevolg daarvan blijft de rol van het strafrecht bij het handhaven van IMVO-gerelateerde strafbepalingen vooralsnog beperkt, zowel in Nederland als daarbuiten.

5. Slot

Binnen het Nederlandse recht bestaan op vele rechtsgebieden specifieke wettelijke normen die gericht zijn op het beschermen van mens en milieu tegen de schadelijke gevolgen van de activiteiten van ondernemingen in Nederland. Maar wat mag er verwacht worden van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen die activiteiten (laten) verrichten in minder ontwikkelde gastlanden waar de wettelijke bescherming van mens en milieu (aanzienlijk) minder strikt is?

Volgens de UN Guiding Principles rust er op staten een verplichting om duidelijk kenbaar te maken dat zij van alle ondernemingen binnen hun grondgebied en/of jurisdictie verwachten dat deze de

mensenrechten van derden respecteren ook bij activiteiten die plaatsvinden in het buitenland. Gaat het om activiteiten van internationaal opererende ondernemingen in moeilijke operationele contexten elders, zoals conflictgebieden, dan zijn de thuislanden van die ondernemingen gehouden tot het vervullen van een nog actievere rol. Op ondernemingen rust een zelfstandige verantwoordelijkheid om zoveel mogelijk te voorkomen dat hun activiteiten negatieve gevolgen hebben voor de mensenrechten van derden en om eventuele schendingen te verhelpen. Deze verantwoordelijkheid geldt ongeacht waar de activiteiten plaatsvinden en de lokale wettelijke context; zij strekt zich ook uit tot de negatieve gevolgen op mensenrechtengebied die via zakelijke relaties rechtstreeks aan de activiteiten, producten of diensten van de onderneming gelieerd zijn. Slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen dienen adequate toegang te hebben tot effectieve remedies, waaronder gerechtelijke klachtmechanismen.

Net als in de ons omringende landen bestaat in Nederland naar huidig recht geen specifiek geformuleerde wettelijke bepaling die ondernemingen verplicht om bij hun eigen activiteiten, of ten aanzien van die van hun dochtermaatschappijen of ketenpartners, zorgvuldigheid te betrachten jegens mens en milieu in gastlanden. Het algemene civiele aansprakelijkheidsrecht biedt benadeelden echter de mogelijkheid om bij reeds aangerichte schade of een concrete dreiging daarvan de betrokken ondernemingen daarvoor in rechte verantwoordelijk te houden. Dit soort civiele aansprakelijkheidsprocedures kunnen ook ingesteld worden tegen internationaal opererende ondernemingen in hun Westerse thuislanden, waaronder Nederland. Daarbij geldt echter dat hoewel het aantal IMVO-gerelateerde juridische procedures in de onderzochte landen de laatste twee decennia sterk is gestegen, het totale aantal zeer beperkt blijft. Dit onderstreept de noodzaak om, zoals ook gesteld wordt in de UN Guiding Principles, praktische en procedurele drempels weg te nemen die het de facto onmogelijk maken voor benadeelden met legitieme claims tegen Nederlandse internationaal opererende ondernemingen om deze voor de Nederlandse rechter te brengen.

Ook op het gebied van het strafrecht bestaan reeds mogelijkheden om ondernemingen verantwoordelijk te houden voor ernstige schendingen van mens en milieu, ook als deze plaatsvinden in het buitenland. In Nederland beslist in beginsel exclusief het openbaar ministerie tot vervolging en dat is anders dan in sommige van de ons omringende landen. Dit heeft in Nederland tot op heden geleid tot een klein aantal IMVO-gerelateerde strafzaken, waarin het in één geval tot een veroordeling van een internationaal opererende onderneming gekomen is. Vooralsnog lijkt een actief vervolgingsbeleid met betrekking tot de betrokkenheid van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen bij ernstige mensenrechten- en milieugerelateerde misstanden in gastlanden echter te ontbreken. Dit onderstreept de noodzaak om, zoals ook geïmpliceerd wordt door de UN Guiding Principles, ervoor te zorgen dat het Nederlands openbaar ministerie de middelen, expertise en steun heeft die nodig zijn om onderzoek te doen naar de betrokkenheid van personen en bedrijven bij misstanden op mensenrechtengebied.

Het civiele aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht zijn beide sterk gericht op handhaving achteraf tegen ondernemingen die zich onzorgvuldig dan wel laakbaar hebben gedragen waar het gaat om het voorkomen van een negatieve impact van de ondernemingsactiviteiten op mens en milieu. Zij spelen aldus een belangrijke rol bij het ter verantwoording roepen van ondernemingen die (op punten) slecht presteren waar het gaat om hun *responsibility to respect*. Daarnaast zal er echter juist ook aandacht besteed moeten worden aan de verantwoordelijk van ondernemingen om schade aan mens en milieu te voorkomen. De UN Guiding Principles bieden hiertoe vrij concrete handvatten, onder meer in de procedure voor *due diligence* op mensenrechtengebied die een kerncomponent is van de *responsibility to respect*. Vooralsnog lijkt het er echter op dat er in elk van de onderzochte landen slechts een zeer klein groepje voorlopers is die een dergelijke procedure ook daadwerkelijk geïmplementeerd hebben in het ondernemingsbeleid of daar althans mee bezig zijn.

Dit suggereert dat het in de rede ligt om verder te kijken naar de mogelijkheden van een meer verplichtend wettelijk kader als zou blijken dat de huidige op consensualiteit ingestoken benadering van de Nederlandse regering in de vorm van IMVO-convenanten te weinig concrete resultaten oplevert. Daarbij zou gedacht kunnen worden aan veranderingen op het gebied van het ondernemingsrecht, dat zekere aanknopingspunten biedt voor een verdere uitwerking van de *responsibility to respect*, bijvoorbeeld in de voortschrijdende transparantieverplichtingen op (I)MVO-gebied. Wel dient opgemerkt te worden dat een verplichting voor ondernemingen om (op *comply or explain*-basis) te rapporteren over de impact van hun activiteiten op mens en milieu nog niet hetzelfde is als een zorgplicht om een negatieve impact te voorkomen, alhoewel het daarmee wel verband kan houden zo blijkt ook uit het Franse wetsvoorstel inzake een *devoir de vigilance*.

Een inherente beperking van de rol van het ondernemingsrecht in deze context is dat dit rechtsgebied primair gericht is op het belang van de onderneming en niet op de belangen van buitenvennootschappelijke derden die schade lijden als gevolg van de activiteiten van de onderneming. Daarnaast biedt het weinig mogelijkheden waar het gaat om dat deel van de *responsibility to respect* dat ziet op een verantwoordelijkheid voor de activiteiten van bijvoorbeeld dochtermaatschappijen en ketenpartners. Omdat benadeelden in de IMVO-context geen toegang hebben tot de ondernemingsrechtelijke handhavingsmechanismen heeft het weinig toegevoegde waarde in het kader van de *access to (judicial) remedies*. De handhaving van eventuele (I)MVO-gerelateerde normen binnen het ondernemingsrecht blijft daarmee afhankelijk van de bereidheid hiertoe van activistische aandeelhouders en investeerders en, in ernstige gevallen van IMVO-normschendingen, bijvoorbeeld vakbonden of de advocaat-generaal via een enquêteprocedure.

De UN Guiding Principles maken duidelijk dat de keuze voor het betrachten van zorgvuldigheid ten aanzien van mens en milieu in gastlanden niet zomaar overgelaten kan worden aan ondernemingen zelf, die immers een ander doel hebben dan de bescherming van mens en milieu. Tegelijkertijd maken zij ook duidelijk dat ondernemingen zich niet kunnen verschuilen achter weinig strikte of weinig strikt gehandhaafde normen op het gebied van mensenrechten, milieu, gezondheid & veiligheid en arbeid in de gastlanden waar zij activiteiten verrichten, of achter het feit dat deze activiteiten niet door henzelf verricht worden maar door hun dochtermaatschappijen of ketenpartners. Verder kan het ter verantwoording roepen van ondernemingen voor schade aangericht aan mens en milieu in gastlanden niet slechts overgelaten worden aan Westerse aandeelhouders, investeerders en consumenten. In gevallen waarin er sprake is van daadwerkelijk nadeel voor mens en milieu moet er voor de benadeelden adequate toegang zijn tot rechtsmiddelen, ook in de thuislanden van de betrokken ondernemingen, zoals Nederland.

Daarnaast moet vanuit thuislanden, zoals Nederland, actief aangedrongen worden op verdere implementatie van de *responsibility to respect* door een bredere kring van ondernemingen, zo nodig middels meer dwingende regelgeving. Uiteraard moet daarbij gezocht worden naar een vorm die 'verteerbaar' is voor de betreffende ondernemingen en is samenwerking met andere Europese landen, waar soortgelijke ideeën bestaan, te verkiezen boven unilateraal handelen. Tegelijkertijd moet het belang van rechtszekerheid en het belang van een nationaal gelijk speelveld niet uit het oog verloren worden. Een actieve houding van ondernemingen waar het gaat om het implementeren van de *responsibility to respect* en het betrachten van zorgvuldigheid ten aanzien van mens en milieu in gastlanden moet aangemoedigd worden en niet 'bestraft' met een concurrentienadeel ten opzichte van ondernemingen uit hetzelfde land die achterblijven op dat gebied. Dit noopt ertoe om te kijken naar manieren om de grenzen van het huidige recht te verleggen waar het gaat om de zorgplichten van Nederlandse internationaal opererende ondernemingen ten aanzien van mens en milieu in gastlanden.